



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

**LA DESIGUALDAD DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO
LABORAL. LA MATERNIDAD COMO PRINCIPAL CAUSA.**

**THE INEQUALITY OF WOMEN IN THE LABOR FIELD. MOTHERHOOD AS
THE MAIN CAUSE**

AUTOR/A Noelia Lavín Acebo

DIRECTOR/A: M^a Olga Sánchez Martínez

Índice

1.RESUMEN.....	3
2.INTRODUCCIÓN.....	4
3.IGUALDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO.....	4
4.DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO EN EL AMBITO LABORAL.....	6
5. LA DISCRIMINACION EN LA MATERNIDAD.....	7
6. LA PROTECCION FRENTE A LA NO DISCRIMINACION E EL EMPLEO POR RAZON DE GÉNERO.....	12
6.1DISCRIMINACIONES DIRECTAS EN EL TC.....	14
6.2DISCRIMINACIONES INDIRECTAS EN EL TC.....	16
6.3ACCIONES POSITIVAS. CONCEPTO NOVEDOSO.....	17
7.MECANISMOS INTERNACIONALES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER EMBARAZADA.....	20
8. LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER(CEDAW)	22
9. LA NO RENOVACION DE UN CONTRATO TEMPORAL.....	23
10. DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA:CALIFICACION COMO NULO.LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	24
11. NUEVAS FORMAS DE MATERNIDAD. LOS DESPIDOS DE TRABAJADORAS EN TRATAMIENTO CON TRA.....	28

1. Resumen

Debemos de reconocer que desde tiempos remotos a las mujeres se las ha considerado “por naturaleza” que son inferiores en relación con los hombres en todos los sentidos, y esto implica innumerables situaciones de desigualdad. Pese a que se han producido muchos avances en los últimos años, las oportunidades que se les ofrecen a las mujeres todavía están lejos para lograr una plena igualdad de oportunidades.

Este trabajo, se centra en el ámbito laboral y especialmente en el embarazo. A pesar de la inserción de la mujer en el mercado laboral queda demostrado que sigue habiendo brecha de género. Se sigue empujando a las mujeres a los trabajos más precarios e inestables, y sobrecargarlas de responsabilidades, ya que, a pesar de todo, las mujeres no se han desprendido del rol doméstico.

Se hace hincapié en el embarazo. El hecho biológico del embarazo siempre ha estado ligado a la naturaleza femenina, esto ha supuesto múltiples discriminaciones. Queda demostrado que miles de mujeres pierden su trabajo como consecuencia de estar embarazada. Debido a los avances de la tecnología se han producido cambios en las formas de maternidad, hacemos referencia a los Tratamientos de Reproducción Asistida dónde analizamos la protección que se les da a las mujeres trabajadoras que se someten a este tipo de tratamientos así como, el derecho que tienen estas a beneficiarse de dichos tratamientos.

We must recognize that since ancient times women have been considered "by nature" to be inferior in relation to men in all senses, and this implies innumerable situations of inequality. Although there have been many advances in recent years, the opportunities offered to women are still far from achieving full equality of opportunity.

This work focuses on the workplace and especially on pregnancy. Despite the insertion of women in the labor market, it is demonstrated that there is still a gender gap. Women continue to be pushed into the most precarious and unstable jobs, and overburdened with responsibilities, since, in spite of everything, women have not detached from the domestic role.

Emphasis is placed on pregnancy. The biological fact of pregnancy has always been linked to the feminine nature, this has involved multiple discriminations. It is proven that thousands of women lose their jobs as a result of being pregnant. Due to advances in technology there have been changes in the forms of maternity, we refer to Assisted Reproduction Treatments where we analyze the protection given to women workers who undergo this type of treatment as well as the right who have these to benefit from such treatments.

2. Introducción

La igualdad es uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, consagrado en nuestra Constitución y en todos nuestros referentes en materia de Derechos Humanos.

Sin duda, en la clasificación de derechos humanos, la “igualdad” constituye un valor, asociado al movimiento obrero y al feminista, que a finales del siglo XIX dio origen a la reivindicación de los derechos de segunda generación, entre los que se integran los laborales, y los derechos de las mujeres.

Ahora bien, la igualdad no significa que bajo cualquier circunstancia debamos ser tratados de la misma manera. Significa que no debemos recibir un trato diferente sin que haya circunstancias relevantes que lo justifiquen.

En aras a la garantía de la igualdad, nuestro ordenamiento reconoce también la prohibición de discriminación, que significa un trato diferente y perjudicial sin motivo que lo justifique, y entre las circunstancias diferenciadoras proscritas está el sexo (artículo 14 CE)¹.

Junto a la prohibición de la discriminación, la exigencia de la igualdad resulta completada en nuestra constitución por el artículo 9.2, que adopta medidas para que la igualdad sea real y efectiva. Además en el artículo 53.2 se establece que cualquier persona podrá acudir ante los tribunales ante la tutela del derecho a la igualdad. Nos encontramos, por lo tanto, con una situación especialmente protegida, un derecho fundamental inherente al ser humano.

3. Igualdad en el mercado de trabajo

El 23 de Marzo de 2007 se publica la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Se trata posiblemente de una de las leyes más avanzadas de Europa cuyo objetivo es hacer efectiva la igualdad de trato para hombres y mujeres. Esta ley pretende asumir las tres funciones que debe cumplir toda norma antidiscriminatoria; una función preventiva mediante la definición clara de las conductas prohibidas, una función tutelar mediante el reforzamiento de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y del sistema sancionador, y una función de promoción que se lleva a cabo mediante la creación de una obligación para el sector público y de la incentivación en el sector privado.²

Esta ley además de tratar el ámbito social, también hace referencia al ámbito laboral, como bien se ve en el artículo 5 que establece la igualdad de trato y de oportunidades en

¹ -Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

² SANCHEZ URRUTIA, Ana; PUMOR BELTRAN, Nuria, “Análisis feminista del derecho”,2013 ,Editorial Universidad de Barcelona, pp.42

el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional, y en las condiciones de trabajo. Aplicado dicho artículo a empresas tanto públicas como privadas. Por lo que todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a conciliar la vida familiar, personal y laboral, fomentando desde la empresa como del sector público la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, como establece el artículo 44.

El artículo 8 nos habla de la discriminación por embarazo o maternidad, y obviamente esto también puede aplicarse al ámbito laboral. El embarazo- maternidad ha tenido un papel central en el trato discriminatorio de género.

La discriminación por embarazo es importante desde la función preventiva, es un buen ejemplo de como la prohibición de discriminación, se transforma en un derecho a no ser discriminado. Así como afirma el citado artículo 8 de la LOI que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

La protección a la maternidad, con especial referencia a los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia constituye un criterio general de actuación de los Poderes públicos. (Artículo 14 LOI).

Pese a que el artículo 40. 1 de esta ley afirma que “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación en su ejercicio” todavía parece mantenerse la idea de predestinación de roles.

La ley, profundiza en medidas para evitar que la carrera profesional de la madre quede hipotecada y exista una igualdad de oportunidades; así, se reconoce en nuestro derecho la suspensión por paternidad como derecho no cedible a la madre, se equipara la extensión de la suspensión por maternidad biológica y adoptiva, se produce una cierta desvinculación de la suspensión por maternidad biológica de la titularidad materna, (a salvo de las seis semanas de descanso obligatorio), en beneficio del reconocimiento a favor del padre, se reconoce el riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses como nuevo supuesto suspensivo; se crea un subsidio por maternidad no contributivo para las trabajadoras que no tengan la cotización mínima..

Una de las novedades de la ley es la posibilidad de disfrute de las licencias de maternidad/paternidad a tiempo parcial, pudiendo alargarla en el tiempo, o en el caso de la primera también simultaneándola ambos progenitores.

El artículo 11 de la LOI establece la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de los poderes públicos, y afirma la posibilidad de que las personas físicas y jurídicas privadas adopten también medidas de acción positiva.

La negociación colectiva tiene un papel esencial en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, tanto por su carácter normativo situándolo el artículo 3 del ET en el segundo grupo de fuentes de la relación laboral, como porque el legislador le ha atribuido a la negociación colectiva la tarea de fijar la estructura salarial, el sistema de clasificación profesional, los ascensos.... Pudiendo además establecer reglas sobre la

distribución del tiempo de trabajo, acumulación de las licencias de lactancia etc. Elementos todos ellos esenciales en la erradicación de la discriminación por género

En definitiva, lo que pretende la LO 3/07 es una nueva conformación del “interés colectivo” que tenga en cuenta a la hora de abordar la negociación de todos los contenidos del contrato la perspectiva igualitaria: transversalidad de género (artículo 5).

4. Discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral

En España hombres y mujeres no han gozado de los mismos derechos y libertades, esta situación se ha prolongado durante muchos siglos. Esto daba lugar a discriminaciones constantes para la mujer.

Muchos son los ámbitos en los que se muestran las desigualdades entre hombres y mujeres, podemos mencionar entre los más destacados el familiar, el político, el laboral, el cultural, y el educativo entre otros.

Por ejemplo a lo largo de muchos años, los derechos políticos les fueron totalmente vetados a las mujeres, no siendo hasta la tercera década del siglo XX cuando se proclamó el sufragio universal, concediéndoles el derecho activo y pasivo de sufragio. También fueron víctimas de desigualdades en sus derechos civiles y económicos.

Según la Organización Internacional del Trabajo también en el ámbito laboral “discriminar en el empleo y la ocupación es tratar a las personas de forma diferente y menos favorable debido a determinadas características como el sexo, el color de la piel, su religión, ideas políticas u origen social, con independencia de los requerimientos del trabajo”³

Por el contrario, no todas las distinciones pueden ser consideradas discriminación. “El trato diferente basado en los requerimientos inherentes a un trabajo es una práctica perfectamente legítima”.

El artículo 35 de la Carta Magna regula el derecho y el deber de trabajar en los siguientes términos: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacer discriminación por razón de sexo...”

Esto pone de manifiesto la importancia que se le ha dado en los últimos años al establecimiento de derechos iguales tanto para las mujeres como para los hombres en el ámbito laboral, es decir, independientemente de cual sea su sexo.

En el Estatuto de los Trabajadores se refleja el precepto constitucional y en varios preceptos se puede observar dicha prohibición de discriminación.

En su artículo 17.1 el Estatuto de los trabajadores sanciona gravemente los supuestos de contravención del deber de igualdad de todos los trabajadores estableciendo al

³ “La hora de la igualdad en el trabajo”, Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia internacional del trabajo 91ª reunión 2003, Pág.16

respecto que serán nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenio, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorable o adversas de cualquier tipo en materia de empleo.

Cabe destacar una Sentencia del Tribunal Constitucional, la Sentencia 166/1998 dónde estableció que la Discriminación por razón de sexo no comprende solo los tratamientos que tengan su origen en el sexo de la persona sino que también comprenden cuando se den condiciones o circunstancias que tengan una relación con el sexo de la persona directa e inequívoca como puede ser por ejemplo el embarazo.

Muy larga ha sido la lucha por el derecho a una igualdad efectiva de la mujer; debe tenerse en cuenta que la configuración tradicional, social y legal de la familia ha sido, precisamente, uno de los factores fundamentales de la discriminación de la mujer. Se adjudicaron los roles masculino y femenino, con desigualdad de distribución de funciones, poderes y derechos entre los sexos, lo cual, ha sido la característica central en la evolución histórica hasta fechas bastante recientes. Ha sido una forma de vida sustentada en la separación de los ámbitos público y privado en el que la actividad de la mujer queda reducida al ámbito de la familia, y a las funciones de reproducción.⁴

Un paso muy importante en la materia fue la aprobación de la ley 39/1999, de 5 de diciembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta ley introduce cambios importantes para que las trabajadoras puedan participar de la vida familiar propiciando la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, favoreciendo los permisos por maternidad y paternidad sin afectar negativamente al desarrollo profesional de los trabajadores y trabajadoras, y fomentando el hecho de que los hombres puedan participar también en el cuidado de los hijos.

La independencia económica, que es la que se consigue con el trabajo retribuido, es, sin duda, una premisa fundamental para alcanzar la igualdad de género.⁵ Sin embargo, su consecución presenta una evolución muy lenta, y corre riesgo de retroceso por la crisis económica, que puede perjudicar más a las mujeres como indica el informe del parlamento europeo, de 5 de marzo de 2012 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la UE.⁶

5. La discriminación en la maternidad

La naturaleza femenina siempre ha estado ligada al hecho biológico del embarazo y parto y esto, es lo que ha hecho que la mujer tenga ciertos condicionantes que por otra

⁴ Campus Virtual de Afige, Novedades legislativas Ref.78477 (01/12/2002) “*Discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral*”.

⁵ Muy importante el Informe de la ONU, “*El progreso de las mujeres en el mundo*”, 2015-2016, PP. 82-83 “*La responsabilidad desproporcionada de las mujeres en lo que respecta al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado limita su participación en la población activa. En la Unión Europea, en 2013, el 25% de las mujeres —frente a solo el 3% de los hombres— cita los cuidados y otras responsabilidades familiares como la razón de su situación de inactividad.*”⁷⁰ *El efecto de estas responsabilidades de las mujeres sobre los resultados del mercado laboral se refleja también en las significativas diferencias que existen entre las tasas de empleo de las mujeres con y sin hijas e hijos*”.

⁶ Informe sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la UE, Procedimiento 2011/2244(INI). Hace referencia a la independencia económica en su exposición de motivos.

parte, la paternidad también como hecho biológico no ha tenido. La maternidad siempre se ha considerado como un deber, una necesidad. La mujer debía ser madre y como consecuencia tenía que ser ella la que se ocuparía de los hijos. Pero se han producido muchos cambios en la sociedad, los tipos de familia ya no son los mismos que antaño. Estos cambios necesitan una reforma de las normas e instituciones, que tienen que ser capaces de dar satisfacción a estas nuevas familias. Para conseguir que esto se haga realidad es muy importante valorar tanto la actividad reproductiva dentro del hogar como fomentar la participación femenina fuera de él. Imprescindible es también la participación masculina en la familia.

La situación desfavorable de la mujer en el trabajo se pretende justificar las repetidas faltas en el trabajo por acudir al médico durante su embarazo, por las bajas que se dan en algunos embarazos que son de riesgo y que por lo tanto exigen a la mujer un reposo absoluto, y también por el permiso de maternidad posterior al parto. Por esta razón es habitual que los empresarios eviten contratar a mujeres embarazadas por el agravio económico que ello supone. El caso paquay refleja muy bien el carácter sexista sobre la situación de la mujer en la maternidad en el ámbito de la relación laboral. En ella se dice *“El despido de la trabajadora por razón de embarazo o por causa basada especialmente en el embarazo solo puede afectar a mujeres, y por tanto supone una discriminación directa por razón de sexo.”*⁷

Para una mujer embarazada el despido puede suponer un riesgo muy importante, tanto para su estado físico como para el psíquico, por eso el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe el despido, se extiende a las trabajadoras embarazadas durante el período de inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad asegurando así una protección con un lapso de tiempo mucho más extenso (STCE, 8 de septiembre de 2005, Asunto McKenna).⁸

Resulta muy importante hablar sobre el punto de vista del empresario. De este modo, se excluye la posibilidad de justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en atención a necesidades empresariales. Esto quiere decir que el empresario no puede basar la no contratación de una mujer embarazada en los perjuicios económicos que a él le supone dicha acción.

Sobre este asunto podemos resaltar dos sentencias relevantes pertenecientes a la jurisprudencia del TJCE. Debemos destacar ante todo la Sentencia 8/11/1990, caso Dekker. La Señora Dekker presentó su candidatura para un puesto de trabajo de un empleador público y posteriormente comunicó su embarazo al tribunal que la examinó, el cual, la considero la candidata más apta. A esta señora no se la contrató ya que en ese momento se la debería dar de baja por su estado y contratar a alguien que cubriría su puesto, lo que para el empleador sería imposible cubrir en términos económicos. En su lugar se contrató a otra persona. El tribunal concluyó diciendo que no podía basar su decisión de no contratar a la mujer embarazada en perjuicios económicos.⁹

⁷ STJCE de 11 de Octubre de 2007

⁸ *“El objetivo perseguido por las normas de Derecho de la unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz”.*

⁹ Esta Sentencia es crucial ya que por primera vez aplica el embarazo un test de detección de la discriminación, conocido como “but for”, consistente en cambiar, en una situación dada, el sexo del

En la segunda Sentencia, es del 14/7/1994 caso Webb, se impone el mismo planteamiento respecto del perjuicio económico ocasionado al empresario, por el hecho de que la mujer contratada no pueda desempeñar su puesto de trabajo por el hecho de estar embarazada. En este caso una señora había sido contratada por tiempo indefinido para sustituir a otra trabajadora en licencia de maternidad. Aquí el tribunal declaró que la disponibilidad del empleado no puede depender de si la presencia de la interesada es necesaria para que la empresa funcione bien, ya que la protección del derecho comunitario garantiza la maternidad.

Fuera de España, resulta interesante destacar un estudio sobre la discriminación por embarazo o maternidad en el lugar de trabajo que ha sido abordada por la iniciativa “**Pregnant Then Screwed**”¹⁰. Su portavoz, Joeli Brearley, ha informado que al menos 60.000 mujeres al año pierden su empleo debido a la discriminación por embarazo, sin contar los casos de degradación, acoso o invalidez para promoción a cargos superiores debido a la maternidad.

El reto más importante es que las víctimas de esta discriminación no la informan públicamente, pues tienen miedo de ser señaladas como conflictivas y sienten que denunciar su caso les podría impedir obtener empleo en el futuro, considera Brearley, en The Guardian¹¹.

La comisión para la igualdad de oportunidades de empleo establece que si una mujer está temporalmente incapacitada para realizar su trabajo debido a una afección médica relacionada con el embarazo o el parto, el empleador u otra entidad cubierta deberá tratarla de la misma manera que trata a cualquier otro empleado temporalmente discapacitado. Por ejemplo, el empleador quizá tenga que otorgar tareas pasivas, asignaciones alternativas, licencia por discapacidad o licencia sin goce de sueldo a las empleadas embarazadas si también dispone eso para otros empleados temporalmente discapacitados.¹²

La desigualdad está muy presente en la maternidad sobretodo en el escaso valor que se le da a la gestación y a sus cuidados. Esto ha llevado a que a nivel social nos preguntemos ¿adónde va una sociedad en que las familias no tienen hijos? Vivimos un grave invierno demográfico. En nuestro país y en todo el entorno europeo no se alcanza ni de lejos al relevo generacional. Estamos alrededor de 1,3 hijos por mujer, y con tendencia a bajar, cuando para la simple sustitución de las generaciones hacen falta el 2,1.¹³

Las tasas de natalidad en todos los países europeos son demasiado bajas para mantener el actual nivel de población en el continente, según un análisis del Instituto Max Planck

sujeto para ver si trae las mismas consecuencias. Por lo tanto aquí hay una discriminación directa puesto que si el trabajador no contratado fuese un hombre, no puede estar embarazado como es lógico, por lo tanto hubiera sido contratado.

¹⁰El proyecto Pregnant then Screwed tiene como objetivo crear conciencia sobre la discriminación por embarazo en el Reino Unido. Desde su página web las mujeres cuentan sus historias de forma anónima, dando voz a las víctimas, al tiempo que demuestra hasta qué punto la discriminación por estas causas está presente en el país británico

¹¹ Brearley, Joeli, “Pregnant but screwed: the truth about workplace discrimination”, *The Guardian*, 12 de Mayo de 2015.

¹² Ver aquí <https://www.eeoc.gov/spanish/laws/types/pregnancy.cfm>

¹³ Ver aquí <http://www.forumlibertas.com/mujer-discriminada-la-discriminacion-la-maternidad/>

de Investigaciones Demográficas. El estudio destaca que la proporción de nacimientos son más elevadas en el norte y el oeste de Europa que en la zona este y en el sur, como en España, que tiene uno de los índices más bajos, con sólo una media de 1,3 hijos por mujer en edad fértil. Al llamado nivel de reemplazo de 2,1 nacimientos por mujer únicamente se acercan Francia, Gran Bretaña, Irlanda y los países nórdicos, donde la natalidad oscila entre 1,8 y 2 hijos. En el caso de España destaca que su actual porcentaje de natalidad es de 1,2 hijos por mujer, recuerda que en 1975 era de 2,8 hijos y subraya que el nivel más bajo se dio en 1995, con 1,2 hijos.¹⁴

Los sociólogos explican este descenso de nacimientos en todo el continente por el hecho de que se aplaza hasta una mayor edad la formación de una familia, en muchos casos por la inseguridad laboral y unos estudios prolongados. “En los países nórdicos, donde la infraestructura para el cuidado de los menores está muy desarrollada y donde los hombres asumen con frecuencia tareas del hogar, la decisión de procrear es más fácil”, señala el estudio.

El informe destaca entre las barreras para tener hijos el déficit de servicios que facilite el cuidado de los pequeños y la falta de implicación de muchos hombres. Respecto a esto muy pocos padres se cogen la baja por paternidad por distintas razones. En 2015, 5.208 hombres compartieron parte de la baja de maternidad, en un año con 278.389 natalidades. Este 1,87% de los padres es un porcentaje prácticamente idéntico al de 2014, cuando fueron 4.912 hombres (un 1,78%) los que compartieron esta baja en alguna de las 281.151 natalidades de ese año. Hombres encuestados manifestaron que en su empresa recibían “reticencias” por parte de los trabajadores a solicitar permisos de paternidad.

Como ejemplo se puede ver esta respuesta de un varón: "Está mal visto que los hombres dejen de trabajar para ir a cuidar de un hijo. Si eres un hombre y haces eso, se piensa que la empresa va a creer que eres un vago". En su opinión, "si los permisos fueran iguales por ley todo el mundo lo asumiría y lo vería normal", explica.

Por otro lado, la OIT sigue reflejando que en todo el mundo las mujeres siguen teniendo menor tasa de actividad que los hombres, y el paulatino incremento de la misma se realiza en gran parte perjudicando salud, fertilidad, fecundidad y natalidad.

Respecto de las causas últimas de la desigualdad de género observada en el mercado laboral, se habla de dos hipótesis: la primera tiene que ver con el fenómeno de la segregación de género en las áreas de estudio, que acaba dando lugar al fenómeno de la segregación ocupacional y sectorial de género existente en el mercado laboral; la segunda de ellas hace referencia a que la falta de corresponsabilidad entre mujeres y hombres en el trabajo doméstico y en las responsabilidades familiares constituye una barrera para la progresión profesional de muchas trabajadoras.

Se produce lo que se llama “penalización profesional por maternidad” que es cuando la madre accede a la maternidad y esto puede ver visto afectado su camino profesional.

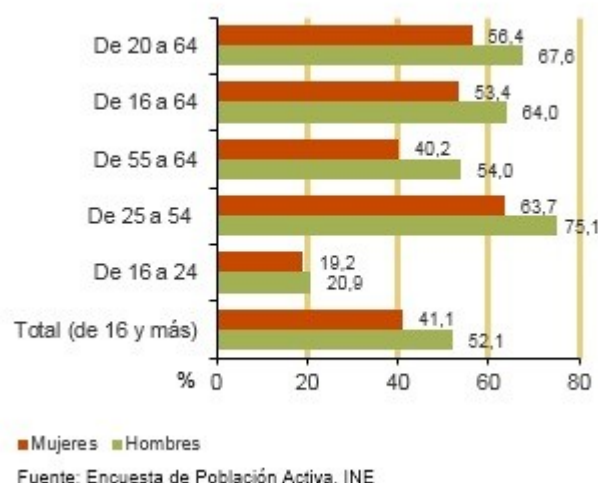
Pero esta situación se produce incluso antes del acceso a la maternidad las mujeres que ya tenían una posición más desfavorable en el mercado laboral que los varones; es decir,

¹⁴ Ver aquí <https://www.demogr.mpg.de/de/default.htm>

que los mecanismos que generan esos resultados desiguales (roles de género, aspiraciones, expectativas, discriminación, etc.) ya empiezan a actuar antes del acceso a la maternidad/paternidad.

La negativa relación de la mujer con el empleo queda reflejada en la tasa de actividad a nivel mundial. En nuestro país los datos del INE siguen reflejando las brechas de género existentes en el mercado laboral.

Tasa de empleo según grupos de edad. 2015



En España se siguen notando según los datos del INE las brechas de género existentes en el mercado laboral.¹⁵

En el informe elaborado por José Ignacio Conde Ruiz e Ignacio Marra, pone el foco sobre la distribución de las tareas domésticas. En este informe y en concreto en su figura 13 refleja la relación entre el porcentaje de brecha de género en las horas dedicadas a las actividades del hogar. Refleja que las mujeres aumentan su Mercado de trabajo mientras sigue desempeñando una parte importante de las tareas.¹⁶

En cuanto las mujeres tienen hijos, la participación laboral con respecto a los hombres empeora. De acuerdo con sus datos, como media, las mujeres dedican diariamente algo más de dos horas al día que los hombres a las tareas del hogar, incluyendo el cuidado de los hijos, "lo que supone un importante hándicap para su integración y desempeño

¹⁵ INE, Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de Género. Si se analiza la evolución por grupos de edad, el mayor descenso en las tasas de empleo se produjo en la población joven (16 a 24 años), en hombres descendió 2,4 puntos y en mujeres descendió 5,0 puntos en el periodo 2011-2016 en este grupo de edad. En España en el año 2011, la brecha de género (hombres-mujeres) en las tasas de empleo de la población de 16 y más años alcanzaba un valor de 11,6 puntos. En el periodo 2011-2016 disminuyó 0,4 puntos alcanzando un valor de 11,2 puntos en el año 2016; en este descenso de la brecha de género influyó de manera notable la menor tasa de empleo de los hombres como consecuencia de la crisis económica

¹⁶ MARRA DE ARTIÑANO, Ignacio Y CONDE RUIZ, Jose Ignacio, Brechas Salariales de Género en España, Estudios sobre la economía española 2018/06, Pág.16

laborales". De hecho, se ve que cuanto mayor es diferencia en la distribución de tareas domésticas, mayor es la brecha en la participación laboral.

Si analizamos el estudio además de la diferencia en la participación, las mujeres tienen peores cifras de desempleo: seis puntos de diferencia en promedio durante los últimos 15 años. En cuanto al salario, el informe sitúa la brecha en torno al 20%, tanto en términos brutos como ajustados por características como la experiencia laboral y el nivel educativo.

6. La protección frente a la no discriminación en el empleo por razón de género.

De entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo y la más extendida en el espacio¹⁷. Aunque hemos avanzado respecto el papel de la mujer en la sociedad, en la actualidad muchas mujeres sufren una gran diferencia en cuanto a role, funciones, obligaciones, y derechos respecto al hombre. Esta discriminación en parte anula tanto su independencia como su autonomía, afectando al libre desarrollo de su personalidad.

De entre las muchas declaraciones tanto nacionales como internacionales todas ellas tienen en su listado el sexo como causa de discriminación. Ninguna cláusula general de igualdad o de prohibición de no discriminación elude la mención al sexo como causa vetada y proscrita de desigualdad o de discriminación. Se puede afirmar que el principio de no discriminación por razón de sexo constituye, en la actualidad de nuestros días, uno de los principios básicos y más transversales de las estructuras jurídicas¹⁸.

En 1979 se consolidó como principio jurídico universal la igualdad entre hombres y mujeres, debido a que fue aprobada por la asamblea general de las Naciones Unidas la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El Tratado de Amsterdam de 1999 y a su vez las directivas europeas 2002/73/CE y 2004/113/CE establecen la igualdad como un principio fundamental de la Unión Europea. Esto significa que todos los miembros de la Unión Europea deberán aplicar el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, así como el acceso a bienes y servicios y su suministro. En el mismo sentido, la Directiva 2006/54/CE impulsa el dialogo entre los interlocutores sociales sobre la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹⁹. En toda la normativa de derecho comunitario derivado se resalta la implicación de los interlocutores para lograr la implementación del derecho fundamental de igualdad entre mujeres y hombres a través de la negociación colectiva, que debería reconocerse como uno de los instrumentos esenciales para acabar con la discriminación en materia de empleo²⁰.

¹⁷ VALDÉS DAL-RE, Fernando, UCM, "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", Pág.14.

¹⁸ Ibidem

¹⁹ PÉREZ DEL RÍO, Teresa, "La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre hombres y mujeres 3/2007. Los planes de igualdad de las empresas."

Esta Directiva lo que hace es promocionar que haya la misma proporción entre hombres y mujeres contratados en las empresas, así como controlar los salarios que tiene cada uno y las diferencias que hay entre ellos, para así ver las medidas que se pueden tomar para mejorar la situación con los representantes de los trabajadores.

La igualdad de trato, con prohibición de discriminación, entre hombres y mujeres ha sido una de las materias más impulsadas y con un mayor desarrollo por el derecho social de la UE. En sus orígenes, por intereses económicos de mayor participación de las mujeres en el mercado laboral, a los que con el tiempo se han ido uniendo los valores sociales que implica el principio de igualdad, en cuya sensibilización, fomento y efectiva aplicación han jugado un papel primordial el TJUE, y la intervención del Fondo social Europeo.

Con ese fin el Tratado de Amsterdam de 1999 y desde los años 60 se han venido adoptando desde los años setenta diversas Directivas que constituyen el marco jurídico que trata de proscribir la discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo, y especialmente las que tienen como objetivo impedir que la maternidad, o los aspectos relacionados con ella, tengan consecuencias negativas para las trabajadoras.

Podemos destacar dos directivas: La Directiva 2006/54 en materia de igualdad en el empleo, y la Directiva 92/85 sobre Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

Para garantizar la eficacia de los derechos en materia de lucha contra la discriminación se contempla “la inversión de la carga de la prueba” de la cual hablaremos más adelante, y que consiste en que la prueba recaerá sobre la parte inculpada, tal y como establece la Directiva 97/80/CE y ha venido aplicando el TJUE en casos de discriminación por razón de sexo.

La Directiva 2006/54/CE tiene por objeto garantizar específicamente la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²¹. Las disposiciones que contiene para su aplicación son las siguientes:

El acceso al empleo,

Las condiciones de trabajo

Los regímenes profesionales de seguridad social.

En esta Directiva como conceptos importantes se recogen:

²⁰ La directiva 2002/73/CEE hace especial hincapié en la negociación colectiva como instrumento de aplicación del principio de igualdad y pide a todos los estados miembros que animen a los empresarios a que apliquen y fomenten la aplicación de dicho derecho. Esta directiva tiene como objetivo la intervención de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad, así como de la eliminación de la discriminación por razón de género en las empresas.

²¹ Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

-Discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en una situación comparable.

-Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

-Acoso: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Esta directiva quiere adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo en el empleo.

Por su parte, la Directiva 92/85/CEE protege como colectivo laboral expuesto a riesgos especiales en el trabajo a las mujeres trabajadoras embarazadas a las que hubieran dado a luz o se encontrasen en periodo de lactancia. Esta Directiva introducía por primera vez la evaluación de los riesgos específicos que suponía el puesto de trabajo de una trabajadora embarazada o en período de lactancia.²² Una vez se realiza esta evaluación y se determine que hay riesgos para la viabilidad del embarazo, la salud de la madre, el feto, o el recién nacido se pone en marcha un procedimiento de protección que va de forma escalonada, es decir, primero se adaptan las horas y el horario de trabajo, si es necesario se cambiara a la trabajadora las funciones o puesto de trabajo y finalmente se le dispensara de realizar cualquier tipo de trabajo si esto fuese necesario. Protege en el artículo 10 especialmente el despido, que prohíbe, que se despidan a las mujeres trabajadoras desde el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, atendiendo a las definiciones que se dan en su artículo 2.

No nos podemos olvidar de la ya citada LOI, que trata de facilitar una igualdad más efectiva en diversos ámbitos y políticas, mejora la protección, incorporando al ordenamiento español directivas en materia de igualdad de trato, proscribiendo cualquier discriminación por razón de sexo, y determinando la nulidad del despido por causa discriminatoria en su artículo 10, que también recoge el artículo 55.5 del estatuto de los trabajadores.

El contenido del derecho a no ser discriminado por razón de sexo y, por tanto, la lucha para finalmente eliminar del todo esta discriminación debe centrarse principalmente sobre tres frentes: la proscripción de discriminaciones directas, la eliminación de las discriminaciones indirectas y el establecimiento de acciones positivas.²³

²² CAIRÓS BARRETO, Dulce María, "Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia", 2010, Pág 93

²³ VALDÉS DAL-RE, Fernando, "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", Pág.15.

6.1 Prohibiciones de discriminaciones directas en el TC

La proscripción de las discriminaciones directas es uno de los frentes sobre los que se tiene que sostener la lucha por la erradicación de la discriminación por razón de sexo²⁴. Las discriminaciones directas son la primera manifestación del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Como ejemplo más antiguo e histórico de la cual se han dictado muchas sentencias cabe destacar la llamada cláusula de “celibato”, en virtud de la cual el matrimonio determinaba la suspensión del contrato de trabajo de la mujer.²⁵

A parte de este caso, el TC ha estimado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo un determinado número de Discriminaciones Directas.

Para empezar por su gran valor simbólico e histórico hay que hacer alusión a dos sentencias. La primera en la cual una mujer realiza las pruebas para el ingreso en la Academia general del Aire a la cual el ministerio de defensa considera que no es apta y esta sentencia considera que su inadmisión es totalmente contraria al artículo 14 CE (STC 216/1991, de 14 de Noviembre). La segunda de estas dos sentencias declara inconstitucional el artículo 1 del decreto de 26 de Julio de 1957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas. El TC concede amparo a la mujer, estimando que dicha mujer tiene el mismo derecho de ocupar una plaza al igual que sus compañeros varones, la cual la había sido denegada a pesar de haber superado la prueba de admisión. La sentencia de instancia y de suplicación habían considerado que esta prohibición a las mujeres de trabajar en minas era una medida protectora de las mujeres y que, por lo tanto, era conforme al artículo 14 CE. Sin embargo, el TC no lo entiende así, no entiende que sea una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que consigue todo lo contrario, no favorece el trabajo de las mujeres, sino que lo restringe.

Otro tema a destacar en este capítulo es el cálculo judicial de indemnización discriminatorio puesto que se basa en un salario que, a su vez, había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por un órgano judicial. (STC 183/2000, de 10 de julio).²⁶

Y finalmente, de gran importancia son las discriminaciones por razón de embarazo, de las cuales hablan numerosas sentencias. En numerosas ocasiones la condición de mujer embarazada puede ser la verdadera causa que se esconde bajo una decisión del empleador que a simple vista puede ser legal. La discriminación por embarazo y maternidad afecta a todas las categorías de trabajadoras y en cualquiera de los estados de la relación laboral.²⁷ Sobre este asunto las sentencias más recientes relativas a la

²⁴ Ibidem, Pág 17

²⁵ STC 7/1983, 14 de Febrero, 13/1983, de 23 de Febrero y 15/1983, de 4 de Marzo

²⁶ *Recurso de Amparo 2.671/1996. Promovido por doña Dolores Navarro Ruiz contra “Avon cosmetics, Sociedad Anónima”, en reclamación de cantidad. Vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo /Art. 14 CE): el cálculo de indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo, sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo, es igualmente inconstitucional.*

²⁷ *El TC ya puso de manifiesto esta realidad con Sentencias como la 166/1998, de 26 de Septiembre, que declaró inconstitucional la rescisión de un contrato de trabajo de una mujer embarazada en el periodo*

protección de la mujer embarazada son la STC 161/2004, de 4 de octubre, la 175/2005, de 4 julio y la 182/2005 de la misma fecha, la STC 214/2006, de 3 de julio, la 324/2006, de 20 de noviembre, la 342/2006, de 11 de diciembre, la 17/2007, de 12 de febrero, la 74/2008, de 23 de junio, la 92/2008, de 21 de Julio y la 124/2009, de 18 de mayo. La primera sentencia que se dictó y que dio origen de todas ellas fue el caso de una mujer piloto, a la cual su empresa calificó de “no apta circunstancial” por razón de embarazo, su contrato le fue suspendido puesto que no podía ejercer sus funciones como piloto y la empresa no le podía dar un puesto distinto ya que alegaban falta de vacantes. Sin embargo, el TC considera, que la empresa la discrimino por razón de sexo, ya que la empresa le tenía que haber dado un puesto en tierra adecuado a su estado de embarazo.²⁸

Cabe destacar la STC 182/2005, por la razón de que no solo protege constitucionalmente a la trabajadora embarazada frente al despido o no renovación de su contrato, si no que esa protección se extiende también frente a la obstaculización de su promoción profesional. Esta sentencia, sin duda, inaugura una línea de tutela, la cual, podrá ser seguida en un futuro para otros casos. La mujer a consecuencia de su triple maternidad la empezaron asignándole tareas más fáciles y de menor entidad, hasta que finalmente optaron por cambiarla de puesto de trabajo el cual era de mucha menos responsabilidad. La empresa no aportó ninguna prueba que justificara el nexo causal entre la minusvaloración profesional de la trabajadora y sus tres embarazos.

Otra de las sentencias relacionadas con las discriminaciones directas, el tribunal otorga protección a una trabajadora embarazada que había sido excluida por este motivo por el INEM en la selección de candidatos para una oferta de empleo. Esta decisión vulnera sin ninguna duda el artículo 14 de la CE, y el tribunal considero que era una discriminación sexual prohibida en este artículo.

6.2 Discriminaciones indirectas en el TC

Las discriminaciones indirectas, como ya se ha dicho, son aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo, pero de los que se derivan, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo. Dos son los elementos básicos que integran la noción de discriminación indirecta: la medida neutra con efecto adverso, esto significa que se aplica de manera indiferenciada a hombres y mujeres, y la ausencia de justificación objetiva.²⁹ Antes de su reconocimiento en la Ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres, la doctrina de la discriminación indirecta fue en su origen elaborada por la jurisprudencia.

Como casos claros de este tipo de discriminación hay que mencionar la STS de 22 de marzo de 1999, que ha concedido el amparo a un sindicato porque el TSJ se negó a incorporar a un proceso, el cual, él sabía que se contrataba exclusivamente a varones,

de prueba; o la STC 173/1994, de 7 de Junio, con la renovación de un contrato temporal.

²⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del tribunal constitucional español”, Universidad de Valladolid, Estudios constitucionales, Año 8, Nº2, 2010, Versión on-line.

²⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: una mirada laboral”, Pág 20.

ciertos documentos que acreditaban de forma suficiente la existencia de discriminación. El TS estimo la pretensión del sindicato afirmando que la empresa había incurrido en discriminación indirecta en su política de contratación, ya que no aportó pruebas que justificasen de forma objetiva y razonable de por qué exigía un título de formación para realizar unas funciones que no requerían de ese título, siendo “desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino que por razones socio-económicas no suele poseer ese título”. Esta sentencia tiene mucha similitud con la sentencia GRIGGS, en la que su haber se encuentra la elaboración de un complejo y completo modelo probatorio, destinado, precisamente, a garantizar la tutela efectiva en los supuestos de discriminación indirecta. Este modelo se denomina *test de griggs*, se asienta sobre dos ejes³⁰. Primero la parte demandante recae la carga de aportar una prueba de que la práctica sospechosa de discriminación produce resultados adversos desproporcionados para el grupo de pertenencia.- Si se aportan estos datos la parte demandada le corresponde la carga de acreditar que las cualificaciones requeridas se encuentran amparadas en una exigencia de la empresa. Por lo tanto, sobre el empresario recae una prueba positiva, que es la de que haya una exigencia de la empresa, de un hecho negativo, es decir, ausencia de efecto discriminatorio.

Otra sentencia que no podemos pasar desapercibida es la STC 253/2004, de 22 de Diciembre. El objeto de este caso es el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores que fue impugnado en la cuestión de inconstitucionalidad (“Para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computaran exclusivamente sobre las horas trabajadas”).³¹

El tribunal entiende que la regulación vulnera el principio de igualdad en la ley y también el derecho a no sufrir discriminación indirecta por razón de sexo. Y lo más destacable de esta sentencia es que el tribunal enjuicia la cuestión desde una perspectiva del concepto de discriminación indirecta, concluyendo que este precepto legal incurría en ella porque “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodo de carencia”.³²

6.3 Las acciones positivas. Concepto novedoso.

6.3.1 Marco normativo

Podemos definir las acciones positivas como medidas dirigidas a eliminar las desigualdades existentes contra grupos históricamente discriminados. Son medidas temporales con las que se pretende suprimir y compensar las desventajas existentes.

³⁰ IBIDEM

³¹ En su Fundamento jurídico 7º enjuicia la cuestión desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, concluyendo que el precepto legal impugnado incurría en ella porque “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodos de carencia”.

³² Los datos estadísticos revelaban que en 1996, el 75,16% de los contratos a tiempo parcial los desempeñaban mujeres, y, en 2004 esta cifra se elevaba al 81,94%.

Haciendo referencia a su origen las acciones positivas se reconocen por primera vez en el ordenamiento jurídico internacional a partir del Convenio núm. 111, de 1958, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la discriminación. En su artículo 4 recoge y acepta la posibilidad de adoptar medidas especiales para dar solución a las discriminaciones que puedan sufrir las personas por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural.

En el ámbito nacional se mencionan en el artículo 9.2 CE que hace referencia a la labor de los poderes públicos tanto de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, como de remover los obstáculos que lo impidan. Por otro lado, el artículo 14.6 de la LOI plantea la adopción de medidas de acción positiva para hacer frente a las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género.

En el ámbito comunitario las acciones positivas aparecen por primera vez en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que aborda la adopción de estas medidas en el ámbito laboral y en particular en relación con la protección del embarazo y de la maternidad³³. El artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE afirma que su aplicación no supondrá un obstáculo a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, sobre todo en lo que concierne al embarazo y la maternidad, y el artículo 2.4 expresa que “se podrán adoptar medidas que tiendan a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, aquellas que evitan las desigualdades de hecho que afectan a las mujeres en el campo de acceso al empleo, promoción y formación profesional, condiciones de trabajo y Seguridad Social”.

Por otro lado, la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres sugiere a los Estados miembros que “adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de:

a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad;

b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular,

³³ DO L 039 de 14 de febrero de 1976. Reformada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269 de 5 de octubre de 2002), ambas, a su vez, derogadas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE L 204/23 de 26 de junio de 2006).

los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos”.

Además, la Recomendación insta a los Estados miembros para que “estimulen, en la medida de lo posible, a los interlocutores sociales para que promuevan acciones positivas en el seno de su propia organización y en el lugar de trabajo”.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, también incorpora las acciones positivas. Cabe destacar su alusión especial a la maternidad en su artículo 4.2 ya mencionado anteriormente en este trabajo, en el cual hace especial alusión a la maternidad estableciendo que no se considerarán discriminatorias todas las medidas destinadas a proteger la maternidad.

6.3.2 Las acciones positivas en la jurisprudencia

En cuanto a jurisprudencia tanto el TC como el TJCE se han pronunciado respecto a ellas.

En la jurisprudencia comunitaria cabe destacar la sentencia Kalanke. En ella el TJCE por primera vez se postula en relación a una medida de acción positiva³⁴. El señor Kalanke y la señora Glissman concurren para un puesto vacante de jefe de la sección del servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Bremen. La dirección del servicio propone al candidato masculino, mientras que el Comité de Conciliación propone a la señora Glissman atendiendo a la aplicación de las disposiciones de la ley del Land de Bremen, esta ley da preferencia a las candidatas femeninas en los puestos de la Administración en los que las mujeres tuviesen menor representación (inferior al 50%), siempre que demostraran idéntica cualificación. El señor Kalanke impugnó la ley del Land de Bremen alegando que dicha ley, disponiendo de los mismos méritos que su competidora, le impide acceder al puesto de jefe del servicio de jardines. El TJCE consideró que la ley del Land de Bremen entraña una discriminación por razón de sexo, si establece que en una promoción las mujeres, que tienen la misma calificación que sus oponentes masculinos, gozan automáticamente de preferencia en los sectores en que estén infrarrepresentadas. Se plantea si esta ley vulnera lo establecido por la normativa comunitaria vigente en el momento, es decir, la Directiva 76/207/CEE. El TJCE considera que la prioridad absoluta e incondicionada (10 STJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, caso Kalanke asegurada a las mujeres por la ley del Land de Bremen) va más allá de la promoción de igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites establecidos por el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE. Podemos concluir que el TJCE sólo tiene en cuenta la perspectiva formal de la igualdad sin considerar el sexo como un elemento diferenciador, que sitúa a la mujer en una posición de desventaja con respecto al hombre. La decisión del TJCE hubiese sido adecuada de no haber existido una situación de discriminación social que afecta, como sucede en este caso, a la igualdad de oportunidades de la mujer.

Otra sentencia relevante es el asunto Lommers³⁵. El problema viene dado por parte del ministerio Holandés de Agricultura, patrimonio natural y Pesca. Se establecieron medidas orientadas a facilitar a las mujeres su actividad profesional reservándoles así un

³⁴ STJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, caso Kalanke

³⁵ STJCE de 19 de marzo de 2002, as. C-476/99, caso Lommers

número determinado de plazas de guardería. El Sr. Lommers, empleado del Ministerio, solicitó una plaza para su hijo la cual le fue denegada. El Ministerio argumentó que la disposición de reserva de plazas de guardería estaba prevista para el personal femenino, mientras que los hijos de los empleados masculinos sólo podrían acceder a ellas en caso de urgencia. El TJCE argumenta que la preferencia establecida a favor del sexo femenino en la adjudicación de plazas de guardería, y que toma como base la Ley Holandesa relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres del 1 de marzo, de 1980, es una medida que, por un lado, se aplica en un sector en el que las mujeres se encuentran infrarrepresentadas y, por otro, que la reserva de plazas de guardería se enmarca en un concepto restringido de igualdad de oportunidades, no afectando a puestos de trabajo, sino al disfrute de ciertas condiciones laborales, orientadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional. El TJCE concluye que la preferencia al personal femenino de un determinado número de plazas de guardería adoptada por el Ministerio Holandés de Agricultura, Patrimonio Natural y Pesca no es contraria al artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE.

En la jurisprudencia nacional se parte de que el TC exige: Constatación de la existencia de una situación de desigualdad que debe ser eliminada, temporalidad de la eficacia de la medida hasta conseguir la eliminación de la situación de discriminación detectada, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de las medidas en la consecución de ese objetivo (STC 269/1994).

Cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 128/87, 16 de julio. En esta sentencia se pone de manifiesto la legitimidad de las acciones positivas y la no vulneración del principio de igualdad amparado en el artículo 14 de la Constitución Española (CE). El caso hace referencia al régimen de prestaciones aplicado por el Instituto Nacional de la Salud en concepto de guardería. En este supuesto, todas las trabajadoras con hijos menores de 6 años que se encontraban trabajando al servicio del centro hospitalario, independientemente de su estado civil, percibían un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales en concepto de guardería, mientras que los hombres con hijos de esa edad sólo percibían tal prestación si se encontraban en la situación de viudedad. El TC negó la vulneración del principio de igualdad, alegando que el tratamiento diferente de situaciones distintas tendente a promover la igualdad real, puede justificarse en base a los artículos 1.1 y 9.2 de la CE. Además, advierte que el artículo 14 de la CE, en su primer inciso, viene a establecer una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contemplando la igualdad desde una perspectiva formal, tratando a ambos sexos con absoluta paridad en el ejercicio de sus derechos fundamentales. No obstante, la exigencia de paridad que determina la igualdad formal debe interpretarse en conformidad con el artículo 9.2 CE, cuya interpretación exige que la paridad en ocasiones deba ceder a favor de una desigualdad en el trato, siempre y cuando ésta sea objetivamente razonable y proporcionar en aras de lograr una igualdad efectiva. En su segundo inciso, procede a hacer referencia a una serie de prohibiciones de discriminación por motivos específicos, entre los que se encuentran los relativos al sexo de las personas, representando una explícita prohibición del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por

la práctica social, en posición de desventaja y contrarias a la dignidad de la persona que se reconoce en el artículo 10 de la CE.³⁶

7. Mecanismos internacionales contra la discriminación laboral de la mujer embarazada.

La OIT (Organización Internacional del Trabajo) ha dejado claro la importancia del factor empleo, como determinante de la salud reproductiva y la maternidad. Ha centrado grandes esfuerzos en promover la igualdad entre sexos y desde su fundación uno de sus principales temas ha sido la protección de la maternidad. La discriminación en el empleo por maternidad es una situación alarmante y preocupante por lo que se han venido constituyendo diversos instrumentos jurídicos internacionales para luchar contra esto.³⁷

“Desde sus inicios, la OIT ha reconocido que lograr un equilibrio entre la maternidad y las responsabilidades familiares y el trabajo representa un gran desafío para las mujeres que trabajan. El Director General [Juan Somavia, 2000] señaló que toda mujer que desee tener un hijo en condiciones de seguridad y amamantarlo un cierto tiempo debe poder hacerlo sin tener miedo de perder su trabajo, sus ingresos o su carrera. Se trata de una aspiración razonable, a la que no se puede dar una respuesta basada en criterios de empresa o de mercado, puesto que comporta una decisión acorde con los intereses de la sociedad.”³⁸

“La protección durante el embarazo y la maternidad responde a una doble finalidad: proteger la especial relación entre la madre y el recién nacido y la salud de ambos, y brindar una cierta seguridad en el empleo (posibilidades de acceso al empleo para las mujeres en edad de concebir, mantenimiento de los salarios y prestaciones durante la maternidad y prevención de los despidos). La seguridad en el empleo es esencial para la protección de las trabajadoras embarazadas. El embarazo o la maternidad no deben ser causa de discriminación para acceder a la formación, el desarrollo de las calificaciones y el empleo, como lo subraya la Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2004.”³⁹

Por lo tanto, uno de los temas centrales de la OIT ha sido, sin duda, la maternidad. Así lo refleja en varios convenios establecidos sobre el tema. De entre los cuatro convenios fundamentales de la OIT hay uno que hay que destacar, que es el convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (número 183).

³⁶ Ver SSTC 166/1988, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero; 216/1991, de 14 de noviembre; 5/1992, de 16 de enero; 28/1992, de 9 de marzo; 229/1992, de 14 de diciembre; 3/1993, de 14 de enero; 109/1993, de 25 de marzo; 269/1994, de 3 de octubre; 16/1995, de 24 de enero.

³⁷ PEÑA GALLO, María Luisa “El mobbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa, El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido.” Trabajo de investigación, Barcelona, Junio de 2016.

³⁸ Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Informe VI: La igualdad de género como eje del trabajo decente. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión (2009). [Consulta 27-05-2016]. Disponible en: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportssubmittedtotheConference/WCMS_106175/lang--es/index.htm, p. 49.

³⁹ Ibidem, p. 54.

El Convenio núm. 183 establece 14 semanas de prestaciones de maternidad para las mujeres a las que se aplica el instrumento. Toda mujer que esté ausente del trabajo por licencia de maternidad, tendrá derecho a una prestación en metálico que le garantice su mantenimiento y el de su hijo en condiciones de salud apropiadas y con un nivel de vida adecuado. El Convenio también dispone que los Estados ratificantes deberán adoptar medidas para garantizar que no se obligue a las embarazadas o a las madres en período de lactancia a realizar un trabajo que haya sido considerado como perjudicial para su salud o la de su hijo, y establece la protección contra la discriminación basada en la maternidad. La norma también prohíbe que los empleadores despidan a una mujer durante el embarazo, o durante su ausencia por licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, con el nacimiento del hijo y con sus consecuencias o la lactancia. Se garantiza a la mujer el derecho a reintegrarse en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente con la misma remuneración. Asimismo, otorga a la mujer el derecho a una o más interrupciones al día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo. En conclusión, en este convenio se consolidó el vínculo entre la salud materna, la lucha contra la discriminación en perjuicio de las mujeres en edad reproductiva y la seguridad socioeconómica que debe otorgarse a las mujeres a fin de que puedan criar y mantener a las generaciones futuras.

Tienen especial relevancia los Artículos 8 y 9 del Convenio relativos a la protección del empleo y la no discriminación, prohibiendo que se despida a la mujer embarazada, con la inversión de la carga de la prueba recayendo en el empleador en caso de que suceda.

8 .La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

La CEDAW⁴⁰ es uno de los instrumentos más importantes en la aplicación del principio de igualdad por razón de género, y en el seno de las Naciones Unidas constituye un hito en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, por lo que se puede considerar la Carta Magna en cuanto al reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Sus orígenes parten de la Declaración de los Derechos Humanos, así como de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman la igualdad entre hombres y mujeres, a pesar de esto, la propia Convención en su Preámbulo reconoce que pese al reconocimiento del principio de igualdad en tales instrumentos, la realidad nos demuestra que “las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”. Existe un consenso entre todos los países que han firmado y ratificado la Convención de que las mujeres son las que en mayor medida han sufrido discriminación en cualquiera de sus formas.⁴¹

⁴⁰ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas, de fecha de 18 de Diciembre de 1979, ratificada por España el 18 de Diciembre de 1983, si bien la ratificación se realizó con la reserva de no afectar a las Disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la corona.*

⁴¹ *Esto se puede reforzar con los estudios del PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Reporte de Desarrollo humano, género y desarrollo, 1995, Capítulo II, p.29.*

Al analizar la Convención es de suma importancia su artículo 1, en el que se asientan sus principios básicos: la no discriminación y la igualdad real de la mujer.⁴²

Respecto a la maternidad, la CEDAW en su artículo 4.2 se dice que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.” A su vez, en el Art. 5.b) se dice que los Estados tomarán todas las medidas apropiadas “para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social.” Estos artículos nos dan a entender que la CEDAW tiene como objetivo proteger la maternidad.

A pesar de la prohibición de discriminación y de su protección en el ámbito laboral a la mujer embarazada ha establecido que en muchos casos no se cumple, lo que hace que las madres trabajadoras se encuentren muchos obstáculos en el camino de consecución o mantenimiento de su empleo y tengan que enfrentarse a ellos.

Cabe resaltar en esta línea el artículo 11.1 f que reconoce el derecho a “la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”

Este mismo artículo en su segundo apartado contiene una serie de medidas para impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar. Para ello se establecen dos medidas:

“Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;

Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales (...).”

La convención también establece que Los Estados Partes de la misma deberán garantizar todos los servicios necesarios y apropiados no solo para el periodo de embarazo, sino también para el parto y todo el periodo posterior al parto.

9. La no renovación de un contrato temporal

Una de las causas legítimas que permiten la extinción del contrato de trabajo es la de la llegada del termino convenido (art.49.1.c ET)⁴³, en un principio, la no renovación a una

⁴² Se preceptúa la discriminación contra la mujer como:” Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

⁴³ Art.49.1 c) “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

mujer que disfruta de un contrato temporal se encuentra dentro de la esfera de autonomía individual del empresario. Pero, esta autonomía de la que hablamos tiene algunos límites, así lo dice la doctrina constitucional, la cual dice que el empresario puede utilizar su poder de contratación y organización sin vulnerar los derechos fundamentales. Esto da lugar a que si el ejercicio empresarial se produce de modo discriminatorio, aunque exista una causa legal extintiva, la decisión del empresario deviene inconstitucional. Para estos casos, el TC exige un estricto control a los órganos judiciales, ya que bajo una causa legal extintiva puede encontrarse la perfecta justificación de una conducta, la cual solo persigue consumir el resultado discriminatorio. Esto es lo que viene llamándose discriminación encubierta.

Si nos encontramos bajo una situación de no renovación de contratos temporales, es decisivo un análisis del progreso que ha tenido de la relación laboral (sucesión de contratos, legalidad de los mismo, renovaciones, etc) ya que en aquellos supuestos en los que se ha producido una sucesión de contratos sin solución de continuidad, el hecho de que la no renovación coincida con la situación de embarazo de la trabajadora, resulta un hecho fuertemente indicativo de existencia de discriminación. Desde el punto de vista del empresario, hasta ahora, el argumento que se ha venido utilizando para justificar su decisión y la falta de discriminación ha sido el del conocimiento o no del embarazo de la trabajadora (STC 41/2002), en los hechos probados consta que el empresario no conocía el estado de embarazo de la trabajadora.

La STC 175/2005, de 4 de julio, se examina un supuesto en la que la demandante trabajaba para una clínica privada a la cual la habían contratado por medio de varios contratos sucesivos temporales, pero el último finalizó y no la volvieron a contratar. La trabajadora quedó embarazada y el estado era conocido por la clínica. Por la jurisdicción ordinaria el despido fue calificado de improcedente porque existía una causa lícita extintiva, era la reincorporación de la persona sustituida a la que la vinculaba el contrato de interinidad. La demandante entendía que era una discriminación directa encubierta pues en realidad la finalización de la relación laboral por vencimiento del término pactado encubriría la auténtica causa resolutoria: su embarazo. El TC, otorga el amparo.

En estos casos es necesario que haya indicios de discriminación por embarazo, es decir, razones suficientes como para provocar que sea el empleador quién demuestre la total desconexión de la decisión con el estado de embarazo. El TC para que haya una relación causa-efecto entre el estado de embarazo y la decisión de despido del empresario analiza los siguientes elementos: El primero el desenvolvimiento de la relación contractual existente entre las partes, que en este caso estaba caracterizada por la celebración de sucesivos contratos temporales y la adquisición de la condición de fija de la trabajadora a consecuencia de un trabajo eventual, firmado en fraude de ley. El segundo elemento a tener en cuenta es la proximidad temporal entre el estado de gestación de la recurrente y la decisión empresarial de no volverla a contratar, y por

Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.”

último, en este caso resulta relevante que la empresa conocía el embarazo de la trabajadora.⁴⁴

10. Despido o de trabajadora embarazada: Calificación como nulo. La inversión de la carga de la prueba.

La polémica en torno al alcance de la garantía de nulidad del despido efectuado a toda mujer trabajadora embarazada se ha manifestado en los distintos ámbitos legal, judicial y doctrina, manifestando la voluntad de proteger la situación laboral de las mujeres embarazadas frente a decisiones empresariales que afecten negativamente a sus derechos. (((aquí metr a maria cruz reguera TFM))) Así, la redacción que en 1999 se da al artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores, modificación realizada por la Ley 39/1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introduce como despido nulo “ *el motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos de maternidad, paternidad, o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación*”. Es decir, será nulo cualquier despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la constitución o en la Ley, así como una violación de los derechos y libertades públicas del trabajador. En el caso de las trabajadoras embarazadas será nulo desde la fecha de inicio de su embarazo, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo.

Esta modificación se amparaba en el artículo 14 CE, en la Directiva 92/1985/CE, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el periodo de lactancia, y Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo sobre el permiso parental.

Ha sido muy intenso el esfuerzo realizado tanto por el legislador como doctrinal para ampliar la protección de las trabajadoras embarazadas, la redacción de este precepto ha dado lugar a la apreciación de dos posibles vías de interpretación, la nulidad causal y la nulidad objetiva o automática.⁴⁵

Una de las cuestiones que hay que tener en cuenta y que ha ocupado el debate en la vía judicial es la relativa al requisito de conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo. Actualmente la redacción del precepto ha eliminado la condición de comunicar el estado de embarazo al empleador, es suficiente que éste tenga conocimiento de dicha circunstancia, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo. De esta forma se garantiza también el derecho de intimidad de la mujer que no tiene porque participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo mientras esté en estado de gestación.

⁴⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI” *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2008, pp188.

⁴⁵ CAIRÓS BARRETO, DM, “La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada”. *Relaciones Laborales*, 2008, nº2, págs. 670 a 671

a) Doble interpretación del art.55.5 ET

La primera considera el despido por embarazo de la trabajadora como discriminatorio. Exige además que la trabajadora haya sido despedida estando embarazada y que el empresario haya tenido conocimiento del estado de gestación en el que se encontraba la trabajadora, para que así se constituya el panorama indiciario de un presunto despido discriminatorio. Esta tesis tiene un claro ejemplo en la STC 41/2000, de 25 de Febrero.⁴⁶

El TC en su sentencia 342/2006, de 11 de Diciembre, declaró la existencia de vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, ya que la mujer sujeto de este caso fue despedida estando embarazada. El tribunal considera que el despido debe ser calificado como nulo por discriminatorio (art.55.5 b) LET), puesto que ella aportó indicios de que el despido fue por discriminación por razón de embarazo y dicha empresa no rebatió aportando justificación de que dicho despido fuera por causas ajenas al embarazo. En la sentencia el TC destaca la coincidencia temporal de la fecha en la que tuvo la empresa conocimiento del estado de gestación y la decisión de despedirla que fue al mes siguiente.

En contraposición, la tesis de la nulidad objetiva implica la irrelevancia del motivo por el que el empresario decide despedir a la trabajadora, ya que nos encontramos ante una calificación de nulidad objetiva derivada del hecho del embarazo y no subjetiva. Aquí la Doctrina Constitucional pretende proporcionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la propia de la tutela antidiscriminatoria, dispensándolas de acreditar los indicios de discriminación. Por lo que la calificación de nulidad del despido en estos casos, solo cedería ante la prueba por parte del empresario de la existencia de una causa disciplinaria u objetiva que justifique su decisión.

Por lo tanto de la interpretación de este precepto se ha concluido una protección más enérgica del despido por causa de embarazo. Su garantía es objetiva⁴⁷ y opera de forma automática ante la existencia de embarazo, sin necesitar de conocimiento previo del empresario, aplicándose la regla de la inversión de la prueba. En este sentido, cabe destacar la STC 92/2008, en la cual la trabajadora fue despedida sin que constase que el empresario conociera su estado ni se hubiese comunicado su embarazo, y sin embargo, el tribunal declara ese despido discriminatorio y nulo. El tribunal argumenta su decisión en que la nulidad del despido prevista en la legislación española es automática y objetiva y no requiere acreditar el previo conocimiento por parte del empresario del estado de embarazo en el que se encuentra la trabajadora.

B) La inversión de la carga probatoria

Cada vez que ha sido demostrado que las discriminaciones determinan el despido de la mujer trabajadora, y que por lo tanto, se incluyen en la prohibición del artículo 14 CE y

⁴⁶ F.J.2º; “*si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia*”.

⁴⁷ RODRÍGUEZ COPÉ, ML, “Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: Un límite al poder de dirección empresarial...¿Con efectos perversos?”, Universidad de Córdoba, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 103, 2010, Se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2009

en el artículo 17 ET, el siguiente aspecto a determinar se centra en aclarar si la extinción del contrato de trabajo se produjo por el estado de gestación de la trabajadora, o si por el contrario se dio por otras circunstancias totalmente distintas a esta. Si la causa alegada de discriminación es el embarazo, la doctrina se plantea si es imprescindible que el embarazo sea conocido por el empresario, para aplicar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba a partir de indicios.

A la vista de los pronunciamientos recientes del Tribunal Constitucional el elemento decisivo para la declaración de discriminación directa por razón de sexo es la existencia de un trato desfavorable por ser mujer o por causas conexas a dicha condición como son el embarazo, los abortos, o la maternidad. Demostrado un panorama indiciario de discriminación por razón de sexo, se invierte la carga de la prueba y se exige al empresario que demuestre la desconexión de su decisión con el rasgo proscrito y que la decisión es ajena a todo propósito de lesionar el derecho fundamental.

Como bien concluye la Sentencia del TS, Sala 4ª, de lo Social, 16 de mayo de 2013, entre otras, para que opere el desplazamiento al empresario del “onus probandi” no basta con que la trabajadora afirme su carácter discriminatorio, si no que ha de acreditar la existencia de indicio que “debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla (la vulneración constitucional) se haya producido”, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de dicha afirmación. Es decir, la empresa asume la responsabilidad de probar que los hechos por los que despide a la trabajadora son totalmente ajenos a una intención discriminatoria, y que su comportamiento está alejado de lesionar los derechos fundamentales.⁴⁸

A partir de que se ha demostrado un panorama indiciario y se proceda ya a la inversión de la carga de la prueba, la doctrina constitucional distingue tres supuestos⁴⁹ a la hora de enjuiciar la justificación empresarial.

El primero sería el de falta de alegación o alegación genérica de la justificación legal requerida. Para el TC hay que alegar al menos una causa alternativa para alcanzar la necesaria convicción de que su decisión fue ajena al propósito de atentar contra el derecho fundamental. (STC 342/2006, de 11 de diciembre, STC 17/2007, de 12 de febrero)

Como segundo supuesto el TC ha declarado que la destrucción de la apariencia discriminatoria que ha creado el panorama indiciario no se produce de modo automático cuando la decisión empresarial ofrece cobertura legal, sino que es además necesario desplegar una prueba específica sobre la absoluta desconexión de dicha decisión con la condición de mujer de la trabajadora o de las circunstancias que le son inherentes ya que solo de este modo es posible desenmascarar las discriminaciones encubiertas. Se exige

⁴⁸ «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales»

⁴⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “la doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI”, Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales, Págs 195-196

además de una actividad tendente a justificar la concurrencia de los presupuestos legales de la decisión adoptada, que esta sea suficiente y que tenga entidad bastante para descartar la discriminación alegada.(STC 342/2006, FJ 4)

Por último, el tercer supuesto lo forman los casos en que no se demuestra la causa legal en la que se asienta la decisión impugnada, pero pese a ello no se incurre en vulneración constitucional. Se trata de la otra cara del supuesto anterior ya que la declaración de improcedencia de la decisión empresarial se deriva automáticamente de una lesión de derechos fundamentales (STC 21/1992, de 14 de febrero). Desde el plano constitucional que un acto extintivo sea improcedente no implica automáticamente que sea, además, discriminatorio. Sin embargo, lo cierto es que la improcedencia se utiliza mayoritariamente como argumento ad abundantia del TC para corroborar la discriminación.

C) Comunicación y conocimiento por parte del empleador

Esta es la cuestión que más debate ha producido tanto en la vía judicial como en la Doctrinal, la de la comunicación y conocimiento por parte del empleador. La doctrina que ha sostenido el TS para el caso de despido de mujeres embarazadas, en el último tiempo ha sufrido profundas modificaciones, ya que en un primer momento el TS, para declarar la nulidad del despido, exigía que el empresario tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora. Este criterio cambia a partir de una sentencia del TC que acoge un recurso de amparo, consolidándose una nueva doctrina. Dicha sentencia 92/2008, de 31 de Julio, donde se planteaba que la exigencia de tal conocimiento no se encontraba en dicho precepto. Así, el TC dictaminó, en el Fundamento Jurídico 8º de la sentencia que “...no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto en concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva”

El Tribunal Constitucional establece una doctrina en la cual la protección de la mujer embarazada que instaura la ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer que sea requisito necesario el de comunicar el embarazo al empresario o el de que este tenga conocimiento de dicha situación por otra vía.

El objetivo que tiene la norma es el de proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola así de acreditar indicio alguno sobre la violación del derecho fundamental, como de eximirla de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo.

Como conclusión de todo ello, podemos entender que el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.⁵⁰

⁵⁰ GUTIERREZ ARRUDI, Abogados laboristas “Embarazo desconocido y despido nulo”, 12 de Febrero de 2018.

11. Nuevas formas de maternidad. Los despidos de trabajadoras en tratamientos con TRA.

La medicina reproductiva es un fenómeno científico de extraordinario interés jurídico. Coadyuva a paliar los efectos de la esterilidad. De ahí que esté relacionado con el aumento de las tasas de infertilidad en el mundo desarrollado. El origen de los métodos de reproducción asistida hay que buscarlos en los ensayos e intentos por el ser humano para comprender la mecánica de la reproducción y de la herencia. La auténtica revolución vino a mitades del siglo XX, con la fecundación in vitro, la obtención de embriones de laboratorio mediante la fecundación in vitro significó un gran reto tanto como para la genética, como para el derecho, al deber encauzar adecuadamente una nueva realidad biológica que vino a denominarse “embrión preimplantatorio o preembrión”, y de definir los límites jurídicos, éticos y biológicos sobre los que operarían las posibilidades de manipulación de aquél, hasta el momento de su transferencia a la cavidad uterina.

Esta tecnología reproductiva supone un cambio en el tradicional proceso procreativo humano y en la concepción de la familia. Dota de especial protagonismo a la voluntad del individuo. Aquí hay conexión entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad que hace su mención en el artículo 10 CE, el cual dispone a la persona de autonomía para elegir libremente entre las opciones vitales, correspondiendo a sus preferencias. En el caso que tratamos la decisión sería la de tener un hijo o no.⁵¹

11.1 La sentencia 26 de Febrero de 2008 del TJCE

La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por razón de sexo es abundante y de ella cabe deducir un concepto amplio de maternidad, que abarca la protección biológica de la madre y también las relaciones especiales con los hijos. El tribunal de la UE hasta la sentencia del 26 de Febrero de 2008, se había pronunciado sobre casos surgidos durante el embarazo, permisos relacionados con la maternidad o en los periodos inmediatamente posteriores a estos; pero no se había ocupado nunca de la fase anterior, específicamente sobre supuestos de procreación con tratamientos clínicos de TRA.⁵²

Por lo tanto, y analizando el tema que nos atañe, dentro de la problemática de la nulidad del despido de la mujer trabajadora por razón de su embarazo debemos darle mucha importancia a la relevancia que están adquiriendo estos tratamientos de fertilidad y analizar el régimen regulador al que se somete una trabajadora que se está sometiendo a este tipo de tratamientos.

Para analizar dicho régimen regulador utilizaremos como referencia la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE, de fecha de 26 de Febrero de 2008, en el asunto, “C-506/06”.

En esta sentencia se trata un caso de una mujer trabajadora la cual en el momento en el que la comunicaban el despido, sus óvulos habían sido fecundados pero todavía no se

⁵¹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “Análisis de la nueva ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido.”, *Revista de la escuela de medicina legal*, Enero de 2007

⁵² REGUERA ANDRÉS, M^o Cruz, “El derecho a la salud reproductiva asistida de las trabajadoras. En el contexto de los objetivos del progreso social”, *Septiembre 2013*, Pág 72

habían transferido a la mujer. Por lo tanto, la primera cuestión que se plantea es la relativa a si se debe considerar aplicable la protección frente al despido recogida en la Directiva 92/85, a la trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad. Para resolver esto debemos analizar el artículo 2.a)⁵³ de dicha Directiva referido al concepto de “mujer embarazada”. Por lo tanto el concepto de mujer trabajadora “embarazada” aquí cobra especial relevancia ya que hay que delimitarle a efectos de resolver en que momento se puede considerar en un tratamiento de reproducción asistida a una mujer trabajadora embarazada.

Por lo tanto aquí se plantea una idea importante, y es la de desde que momento se considera existente ese embarazo, si bien desde que los óvulos fecundados se encuentran en el cuerpo de la mujer o bien antes de dicha anidación. En la sentencia que comentamos se señala que según la Comisión Europea la fecundación in vitro comprende varias etapas, tales como, «la estimulación hormonal de los ovarios de la mujer, con objeto de producir la maduración de varios óvulos al mismo tiempo, la punción folicular, la extracción del óvulo, la fecundación de un óvulo con espermatozoides previamente tratados, la transferencia del óvulo fecundado o de los óvulos fecundados al útero, entre el tercer y el quinto día siguientes a la extracción de los óvulos, salvo en caso de que los óvulos fecundados se congelen para conservarlos, y finalmente la anidación».

Hay que recordar que los objetivos de la Directiva 92/85 son la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, y que las reglas del derecho comunitario entre hombres y mujeres, en caso de embarazadas, ya habían permitido proteger a las trabajadoras, incluso antes de entrar en vigor la citada Directiva, en virtud del principio de no discriminación.

También hay que hacer especial referencia al artículo 10 de esta misma directiva el cual establece como garantía para estas trabajadoras la prohibición de su despido durante el espacio de tiempo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad.

Pues bien, el TJCE entiende que para que se puede aplicar la directiva 92/85 como protección a las mujeres trabajadoras embarazadas, el embarazo ha debido comenzar. De esta forma la fecha que se debe de tener en cuenta para considerar si se debe garantizar esta protección o no, sea la más precoz, para así cubrir el mayor lapso posible.

Sin embargo, el TJCE dice que: “ *aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación in vitro, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en el que se la comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos*

⁵³ El artículo 2 de la Directiva define a la trabajadora embarazada como “*cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”.

fecundados a su útero”. Por consiguiente, dice que la aplicación de la protección contra el despido, del artículo 10 de la Directiva 92/85, a una trabajadora antes de la transferencia de los óvulos fecundados, podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando esta transferencia se retrasara, durante varios años o incluso se renunciara para siempre a ella, al efectuarse la fecundación in vitro como mera medida de precaución.

Finalmente aunque no se considere aplicable al caso la Directiva 92/85 se pueden tener en cuenta otras normas de derecho comunitario, por lo que el tribunal se planteó si la trabajadora se podría acoger a la Directiva 76/207 referida a la protección contra la discriminación por razón de sexo. Para ver si esta es aplicable lo primero que hay que saber si la trabajadora fue despedida por estar sometida a dicho tratamiento.

El TJCE llega a la conclusión de que el despido de una mujer por razón de su embarazo o por causas basadas en él solo puede afectar a mujeres y que por lo tanto es una discriminación directa por razón de sexo. Por lo tanto en el caso que exponemos el tribunal debería comprobar si dicho despido se basó en el hecho de que la mujer se sometía al tratamiento, y así determinar si es una discriminación directa basada en el sexo.

La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por razón de sexo es abundante y de ella cabe deducir un concepto amplio de maternidad, que abarca la protección biológica de la madre y también las relaciones especiales con los hijos. El tribunal de la UE hasta la sentencia del 26 de Febrero de 2008, se había pronunciado sobre casos surgidos durante el embarazo, permisos relacionados con la maternidad o en los periodos inmediatamente posteriores a estos; pero no se había ocupado nunca de la fase anterior, específicamente sobre supuestos de procreación con tratamientos clínicos de TRA. Estos tratamientos de fertilidad asistida da lugar al debate jurídico del alcance de la protección de la normativa garantista de referencia sobre la vulnerabilidad de las trabajadoras que se someten a ellos, y cuando el despido se produce a lo largo del tratamiento, pero antes de la implantación del embrión en el útero de la mujer.. Desde el análisis jurídico de estos casos hay que profundizar en la vis protectora de las normas implicadas, y también la mayor o menor dependencia que se adopte al resolverlos respecto a una cuestión metajurídica cuál es la de si ha comenzado o no el embarazo. El concepto de *trabajadora embarazada* se vislumbra así como un elemento clave en el régimen jurídico de la protección⁵⁴. Aspecto conceptual que tiene su máxima expresión en los tratamientos con FIV.

11.2 Extinción durante tratamiento de fecundación in vitro y despido nulo (STS 4/4/2017)

La STS 4 de abril 2017 (rec. 3466/2015) ha declarado la nulidad del despido de una trabajadora que estaba sometida a un tratamiento de fecundación in vitro, cuando aún no han sido implantados los óvulos fecundados en su útero.

⁵⁴ El informe de la comisión, de 1999, sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE observa las diferentes definiciones de tal concepto de los distintos Estados Miembros, haciendo referencia al problema del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva, que dice que “ El artículo 2 establece que para quedar comprendida en la definición de “trabajadora embarazada” la mujer debe informar a su empresario de conformidad con la legislación nacional”.

La sentencia, sin asociar este tratamiento al concepto de “embarazo” (de acuerdo con la doctrina del TJUE Sabine Mayr) entiende que la decisión de la empresa es discriminatoria porque, ante un claro panorama indiciario, no ha sido capaz de justificar la procedencia de su decisión extintiva (al reconocer la improcedencia del despido objetivo).

La trabajadora que en el caso nos atañe era profesora en un colegio y fue despedida por causas económicas en Junio de 2014 con efectos en el mes de Agosto. Desde el año 2009 la trabajadora había sido sometida a diversos tratamientos, habiendo iniciado un ciclo de fertilidad de reproducción asistida en fecha 27 de mayo de 2014. A la fecha del despido los óvulos fecundados in vitro no habían sido transferidos al útero de la trabajadora. Sobre el conocimiento de dicho tratamiento, la empresa era totalmente conocedora de que se estaba sometiendo a él.

Por lo tanto la demandada admitió expresamente la improcedencia del despido.

De casos que tratan sobre este tema podemos citar un par de sentencias (SJS núm. 1 Bilbao, 7 de abril 2015, núm. 841/2014) como la de suplicación (STSJ País Vasco 21 de julio 2015, rec. 1251/2015), que avisan que conforme con las sentencias del TJUE la protección que el derecho de la Unión dispensa a la mujer embarazada no alcanza a una trabajadora que, estando sometida a una proceso de fertilización y fecundación in vitro, es despedida cuando aún no han sido implantados los óvulos fecundados en su útero, concluyen en que, aunque existen indicios de que la actuación empresarial pueda resultar discriminatoria por razón de sexo, tales indicios han quedado desvirtuados por la realidad de las causas imputadas en la carta de despido.⁵⁵

La trabajadora totalmente disconforme con esta decisión presenta un recurso de casación. En este recurso de casación hace mención a la sentencia que hemos analizado en el apartado anterior del TJUE de 26 de Febrero de 2008. Se entiende que porque” a pesar de que es cierto que no está técnicamente embarazada, por un lado se deduce que lo habría estado de tener éxito el tratamiento que estaba siguiendo y, por otro lado, el despido de la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro ya puede ser discriminatorio por vulneración del derecho a la igualdad” y que por lo tanto se han infringido los artículos 14 CE y 17 ET⁵⁶.

En el recurso se plantea que hay muchos motivos e indicios para pensar que su despido está relacionado directamente con el tratamiento de fertilidad al que se somete, por lo que el demandado deberá justificar de una forma objetiva y razonable, y suficientemente probada, de las medidas que ha tomado y de su proporcionalidad.

El TS da mucha importancia a la carga probatoria y fundamenta que hay indicios suficientes para trasladar ésta a la empresa, que la corresponde probar que su decisión está lejos de la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora, es decir, que no es una discriminación por razón de sexo.

El TC declara nulo el despido *“no acreditó que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora. Así, la empresa en ningún momento intentó justificar la procedencia del despido lo que podría haber eliminado cualquier sospecha de comportamiento discriminatorio; antes bien al*

⁵⁵ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Una mirada crítica a las relaciones laborales”, Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social, 3 de mayo de 2017.

⁵⁶ Primero el artículo 14 CE dice que “Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. y segundo el artículo 16 ET “

contrario, ya en la instancia reconoció expresamente la improcedencia del despido que había efectuado a la trabajadora (...). Mal puede sostenerse que una actuación no ajustada a derecho -reconocida así por su propio autor- constituya una justificación razonable y objetiva de la cuestionada decisión extintiva que, además, resulte proporcionada en función de las circunstancias concurrentes. Antes bien, el despido producido, precisamente por su carácter ilícito, no cumple con la exigencia legal que excluya el móvil discriminatorio ante un claro panorama indiciario de vulneración del principio de igualdad denunciado por la trabajadora”

Finalmente el TS concluye su sentencia diciendo “*que ninguna de las circunstancias que se ponen de relieve en la sentencia recurrida y en el escrito de impugnación del recurso pueden considerarse como justificaciones excluyentes del carácter discriminatorio del despido que dejen patente que la medida extintiva adoptada era -según exige la ley- objetiva, razonable y proporcional, ante la incuestionable evidencia de la ilegalidad de la decisión extintiva reconocida por la empresa y declarada por la sentencia recurrida.*

La propia carta de despido no se refiere expresamente a la existencia de causas económicas que motivan el despido, sin cifrar cantidad alguna, por más que mencione la necesidad de reducir el déficit en las aulas de niños de menos de dos años. El déficit de la sección infantil-guardería -aun importante- hay que ponerlo en conexión con la existencia de resultados positivos en la explotación global. Y el hecho de que más de la mitad de la plantilla sean trabajadoras y gran parte de éstas sean madres con hijos tiene que ver muy tangencialmente con los indicios discriminatorios que se sustentan en el sometimiento de la trabajadora a reiterados tratamientos de fertilidad desde el año 2009 y, finalmente al ciclo de reproducción asistida que coincide temporalmente con la decisión extintiva”

CONCLUSIONES

1. La igualdad es uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la lucha contra la discriminación sexual uno de los grandes objetivos de nuestra legislación y práctica judicial, que ha de abarcar no solo la igualdad formal si no también la material.
2. Como se ha visto en este trabajo, es evidente la diferente posición entre hombres y mujeres que hay en la sociedad, por lo tanto, era necesario una ley como la ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Esta ley propone muchas medidas que son idóneas para combatir las discriminaciones directas e indirectas vistas en dos apartados de este trabajo, aunque en la realidad no siempre se consigue. El marco normativo en materia de igualdad oportunidades entre mujeres y hombres en España ha evolucionado mucho con el transcurso de los años, pero aún queda mucho camino por recorrer, con el fin de la consecución de la igualdad real y efectiva.
3. Muchos son los ámbitos en los que la mujer ha sido y es discriminada, pero cabe resaltar esta discriminación en el ámbito laboral. La mayor causa de esto y por lo tanto la que más preocupa es la que tiene la maternidad como causa. En el mercado laboral hay más hombres que mujeres y entre muchas causas se encuentra que mayoritariamente que son las mujeres las que se encargan de los hijos. Ya hemos visto en el trabajo que las mujeres en el caso de seguir con su carrera profesional, son ellas las que compaginan el trabajo con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos.

Una de las barreras destacadas es las pocas facilidades que dan las políticas públicas para que los hombres se impliquen en el cuidado de los hijos. Por ejemplo, para un jefe de personal es mucho más fácil cubrir un permisos paternal que es de corta duración y que en muchas ocasiones ni se cubre la vacante que un permiso maternal que es de larga duración y para él supone un problema. La única manera de igualar aquí a hombres y mujeres es mediante la equiparación obligatoria del número de días de ambos permisos.

4. En la actualidad la mujer se ha incorporado de forma muy creciente al mercado laboral, y por ello asume dos roles: el tradicional de reproducción y el productivo, que en teoría le ejerce en condiciones iguales al varón, aunque la realidad nos demuestre que no es así. Que las mujeres tengan que compaginar ambas cosas ha dado lugar a que muchas mujeres renuncien al hecho de ser madre ya que la mayoría de las mujeres deciden abandonar su carrera profesional.

5. Uno de los cambios de la ley 3/2007, de 22 de marzo, fue la modificación de los artículos 52 y 55.5 del ET, y se consideran nulos los despidos de las trabajadoras embarazadas “desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad”, con independencia de la previa comunicación o no al empresario de la situación de embarazo de la mujer trabajadora. Con ello, se opta por la nulidad autónoma y objetiva del despido de una mujer en estado de gestación, como garantía absoluta e incondicionada para las trabajadoras embarazadas.

6. Es evidente que los modelos de familia están cambiando, con ello también la maternidad. Aquí habría que mencionar los tratamientos de fertilidad y fecundación in vitro. La jurisprudencia ha considerado que no procede ampliar la protección a las mujeres que se encuentran en la fase anterior a la transferencia de los óvulos fecundados, al no estar embarazada en el momento del despido, puesto que entienden que se creó para las mujeres embarazadas, así lo entiende el TJCE. Pero no podemos olvidarnos que el artículo 14 de la CE prohíbe la discriminación por razón de sexo, y el artículo 55.5 párrafo primero del ET indica que debe calificarse como nulo cualquier despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley.

Por lo tanto, será por la vía de la protección legal frente a las situaciones de discriminación por razón de sexo el vehículo a través del cual las mujeres que son despedidas por la empresa por el hecho de someterse a un tratamiento de fertilidad podrán encontrar cobertura legal para que los despidos practicados por las empresas en dichas circunstancias sean calificados como nulos.

Para hacer más fácil el camino para ser madre se debería de favorecer el acceso a los tratamientos de reproducción asistida y de este modo reforzar la protección a la maternidad obtenida mediante estas técnicas.

7. Con estos tratamientos lo que se pretende es garantizar los derechos sexuales y reproductivos. Por lo tanto, en esta medida se puede sostener que la imposibilidad de acceder a ellos constituye una negación a estos derechos y a los derechos de libertad, en la medida en que la opción de la maternidad y paternidad están plenamente protegidas en las libertades fundamentales. Por lo tanto, la conclusión final es que nuestras leyes se deberían de adaptar a los cambios y a los avances.

